



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, mayo trece (13) del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2018-00225-00
Demandante: MIGUEL ANGEL GÓMEZ MORALES
Demandado: SENA

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir de fondo el proceso de la referencia mediante sentencia en primera instancia¹.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ MORALES por intermedio de apoderado, (fl. 1-2) solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 00080 de 12 de febrero de 2018 expedida por el Subdirector del Centro Minero del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- Regional de Boyacá, mediante la cual se le negó el reconocimiento de una relación laboral, el pago de nivelación salarial o en su defecto los incrementos por IPC y las prestaciones sociales, durante el tiempo en que estuvo vinculado con la entidad.

Igualmente solicita que se declare que entre el demandante y el SENA, existió una relación legal y reglamentaria, sin solución de continuidad desde el día 18 de febrero de 2013 hasta el 14 de diciembre de 2016 y que esta relación fue terminada de forma unilateral por el empleador.

A título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene a la demandada a cancelar en favor del demandante de manera indexada, las *primas y prestaciones convencionales, el auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, sanción por el no pago oportuno de las cesantías, indemnización moratoria.*

Igualmente pide que se condene al SENA a reintegrar y pagar a favor del demandante, el valor de los *aportes al régimen de seguridad social en pensiones, salud, ARP y Caja de Compensación Familiar*, cancelados por este último, durante el tiempo que duró la relación laboral de acuerdo a los hechos de la demanda. Así mismo que se ordene el reintegro y pago de los dineros correspondientes a *retención en la fuente, por el impuesto de Valor Agregado (IVA) e ICA*, descontados al demandante como contratista.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que el señor MIGUEL ANGEL GÓMEZ MORALES se vinculó al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Regional Boyacá, mediante contratos de prestación y ordenes de servicios sin solución de continuidad, desde el día 18 de febrero de 2013 hasta el 14 de diciembre de 2016, periodo en el que se desempeñó como Instructor Centro Minero.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Sostiene que en la ejecución de los contratos existió subordinación, de tal manera que el demandante cumplió horario de 7:00 am a 4:00 pm de lunes a viernes, recibió órdenes relacionadas con el modo, tiempo y lugar de la prestación de servicios como instructor y ejecutó su labor de manera personal atendiendo ordenes de su empleador.

Manifiesta que las funciones las cumplió el demandante en la forma establecida en los Estatutos y reglamentos de la entidad, conjuntamente con los empleados de planta, sin ninguna clase de diferencia, salvo que a estos les cancelaban prestaciones sociales mientras que al demandante se las desconocieron. Como contraprestación por los servicios prestados, se le canceló durante el último contrato, la suma de \$3.359.800, mensuales a pesar de que en cada contrato se estipulaba un valor único, se pactaba por periodos de meses y este salario constaba como una suma fija fracción que procedía por el valor total del contrato, y en la simulación contractual no se le canceló al demandante prestaciones legales o convencionales tales como primas de servicios, navidad, semestral, Técnica para profesionales, incrementos por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de cesantía, subsidio familiar, incremento adicional anual sobre los salarios básicos por servicios prestados.

Indica que durante toda la relación laboral el SENA –Centro Regional Minero Boyacá, durante la relación laboral, no afilió ni pago los aportes obligatorios al régimen de seguridad social en pensiones y salud como tampoco los de Caja de Compensación Familiar, al igual que se le descontó sobre los ingresos recibidos los impuestos de IVA, ICA y retención en la fuente.

Refiere que su poderdante efectuó previamente la reclamación administrativa el 23 de enero de 2018, la cual fue contestada negativamente por el SENA, mediante Resolución No. 000080 del 12 de febrero 2018 (fl.2-4) acto demandado.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones (fls.5-10)

De orden constitucional: Constitución Política Arts. 1, 13, 53.

De orden Legal: Art. 32, de la Ley 8 de 1993; Ley 100 de 1993; Decreto Ley 3135 de 1968 arts. 8 al 11, art. 23 del Dec. 1045 de 1978, Dec. 3148 de 1968, arts. 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161 y 204 de la Ley 332 de 1996, Dec. 3135 de 1996, art. 8 del Dec. 3135 de 1968, art. 51 Dec. 1848 de 1968, art. 25 Dec. 11045 de 1968.

Aduce que la demandada desconoció el contenido del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, en donde se establece el principio mínimo fundamental de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales, como quiera que su poderdante prestó sus servicios de forma personal a la entidad demandada, encontrándose plenamente subordinado a la misma, quien le imponía horarios, condiciones y reglamentos en la prestación de sus servicios y recibiendo a cambio de ello unos emolumentos que arbitraria e ilegalmente se llamaron honorarios, en consecuencia la vinculación del señor Gómez Morales careció de los elementos que caracterizan los contratos de prestación de servicios definidos en el art. 32 de la ley 80 de 1993.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA mediante apoderada judicial contestó la demanda (fls.58-63) oponiéndose a las pretensiones del demandante, indicando que no existió relación laboral entre el señor MIGUEL ANGEL GOMEZ y la entidad, toda

vez que solo se desempeñó como contratista a través de la celebración de contratos de prestación de servicio de carácter temporal, por tiempos interrumpidos.

Señaló que los actos administrativos demandados se expidieron conforme al ordenamiento jurídico, pues a través del mismo se negaron los reconocimientos solicitados por el demandante en virtud de que no le asiste ninguno de los presuntos derechos laborales reclamados, comoquiera que la vinculación del demandante con el SENA fue a través de contratos de prestación de servicios, por tiempos definidos, contratos cuya tipología, definición y naturaleza jurídica legalmente los señala y rige el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993.

Indicó que la Sección Segunda del Consejo de Estado² ha señalado que el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no necesariamente implica subordinación pues la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada.

A su vez cita aparte jurisprudencial de la Sala plena del Consejo de Estado³ en la cual se ha reiterado que no necesariamente implica subordinación el trabajo desarrollado por determinados contratistas comoquiera que no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación no de subordinación.

Se refiere de forma discriminada a cada uno de los hechos de la demanda, aceptando la existencia y suscripción de los contratos, no así respecto de las condiciones en que se afirma fueron desarrollados, concretamente respecto de los elementos de una relación laboral (subordinación), que no debe confundirse con tareas de supervisión o coordinación, por lo que se está a lo que se prueba en el proceso, resaltando que se trató de contratos de prestación de servicios regulados por el Art. 32 de la ley 80 de 1993 y no a contratos laborales, por lo que no se pagó salario, sino honorarios.

Además de la genérica, propuso las excepciones denominadas:

- *Inexistencia del derecho*” porque el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.
- *“Buena fe”* bajo el argumento de que no es dable predicar la existencia de un vínculo de carácter laboral cuando la misma demandante manifestó la voluntad de prestar sus servicios mediante unos contratos regidos por la Ley 80 de 1993.
- *“Ausencia de subordinación”* teniendo en cuenta que el elemento subordinación como determinante de la relación laboral, no se configura en el presente caso, pues no existe caso equiparable dentro de la entidad y que sea ejercido por un empleado de carrera, por lo que no puede alegar que laboró en igualdad de condiciones que con otra persona de la misma entidad.
- *“Inexistencia de los elementos de una relación laboral”* comoquiera que existe prueba documental de haber prestado el servicio de manera virtual y no solo presencial, careciendo de los elementos necesarios para configurar una relación laboral, legal y reglamentaria.
- *“Prescripción”* de conformidad con los Arts. 151 del CPL, 41 del Dec. 3135 de 1968 y 102 del Dec. 1848 de 1969 y la sentencia 23001233300020130026001 del 25 de agosto de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, indicando que entre los contratos suscritos por el demandante hubo solución de continuidad y que la solicitud de reconocimiento data del 22 de febrero de 2018.

² Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Exp.245-03. M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Consejo de Estado Sala Plena, subsección B Exp.2499-07 M.P. Víctor Hernando Alvarado y exp. IJ0039 de 18 de noviembre de 2003 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de septiembre de 2018 en la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja (fl.36) y remitida por el Tribunal administrativo de Boyacá a los Juzgados administrativos del Circuito de Sogamoso por el factor objetivo de cuantía y territorial, correspondiendo por reparto a este Despacho (fl.47), siendo admitida por auto del 02 de noviembre de 2018 (fl.49), notificada la demanda y dentro del término del Art. 172 del CPACA la entidad demandada dio contestación (fls.58-63); se corrió traslado de excepciones (fl.76), término dentro del cual se pronunció parte demandante.

Se realizó la audiencia inicial el 19 de julio de 2019 (fls.93-94), diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, se decretaron pruebas y se posterga a la etapa del fallo la decisión sobre las excepciones de mérito.

El día 23 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (fl.100) en la que se recibieron los testimonios decretados y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, además, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rendir concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte **demandante** allegó sus alegaciones (fls.107-111), en los cuales reitera las pretensiones descritas en el libelo sustentado de la demanda.

Agrega que el señor Miguel Gómez durante su vinculación con la entidad demandada, cumplió con los requisitos de una relación laboral: i) cumplió un horario de trabajo como se demuestra en el control de actividades que se adjuntó con el acápite de pruebas; ii) la subordinación que fue impuesta por parte del SENA y los Directores Regionales que le impartieron orden de dictar clase, rendir informes semanales, asistir a las reuniones que se organizaban con los demás colegas de planta, de estar disponible el día entero a órdenes de la Dirección Regional del SENA; iii) Prestación personal del servicio reseña que según lo demuestran las pruebas documentales aportadas y aunada a ello la declaración de parte de la testigo Luz Adriana Ramírez, donde manifiesta que el demandante no tuvo opción de elegir como distribuía su tiempo, ya que estaba vinculado de tiempo completo con el SENA; iv) Remuneración o pago, se evidencia que los contratos eran suscritos por un monto global, y este monto era dividido en los meses que se realizaba la labor, meses que correspondían a la durabilidad del calendario académico del SENA Regional Minero de Boyacá

Concluye el apoderado del demandante solicitando se declare la existencia de la relación laboral desarrollada, así como el deber de la demandada de pagar todos los factores salariales y prestacionales adeudados.

La apoderada del **SENA**, presenta alegaciones finales (fls.103-105) en los que ratifica que deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora aduciendo que la evidencia muestra que el demandante se desempeñó en la entidad como contratista en periodos individuales e independientes conforme a las órdenes de prestación de servicios suscritas entre el demandante y la entidad que representa lo que la exime de reconocerle y liquidarle prestaciones sociales.

Cita apartes de la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional la cual se encargó de esclarecer de manera clara y precisa las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato laboral, y que en aplicación de la misma al presente caso se está frente a una relación contractual y no frente a una relación de trabajo, la que la demandante pretende hace ver diferente pese a haber aceptado esta clase de contrato y relación con la entidad.

Menciona que de las pruebas incorporadas se concluye que constituyen elementos propios de la relación contractual establecida por la ley 80 de 1993 y en ese orden se tiene que no se crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicios, como quiera que lo verdadero, claro y demostrado es que la vinculación del demandante con el SENA, fue meramente mediante contratos de prestación de servicios, por tiempos definidos, sin subordinación, pero sin condiciones mínimas de ejecución.

Frente al testimonio rendido por LUZ ADRIANA RAMIREZ RINCÓN, considera que no debe ser tenido en cuenta puesto que carece de imparcialidad, toda vez que ella ha tenido ordenes de prestación de servicios u otro tipo de vinculaciones con el SENA y adicionalmente tiene una amistad con la parte demandante.

Sostiene que existió solución de continuidad en los contratos suscritos por el demandante porque no hubo vínculo, sin que se presentara reclamación alguna por parte del demandante, por lo que es aplicable la prescripción conforme a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 Rad. (00882015).

Finalmente cita la sentencia de 26 de octubre de 2017 del H. Tribunal Administrativo de Boyacá con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, radicado 15239-3333-752-2015-00258-00 para resaltar que la formulación de proyectos no se puede considerar como actividad que esté sujeta a subordinación y no se acreditan los elementos de una relación de subordinación continuada, sino meramente contractual regulada por la ley 80 de 1993, por lo que solicita se declare que no hubo ninguna relación laboral entre el demandante y el SENA.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si entre el señor MIGUEL ANGEL GOMEZ MORALES y el SENA se configuró un vínculo laboral que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos entre ellos, durante el periodo comprendido entre los años 2013 a 2016.

De ser acreditada la *subordinación* como elemento configurativo de la relación laboral pretendida, el Despacho deberá establecer si hay lugar al reconocimiento y pago indexado de las diferencias derivadas de la nivelación salarial y prestaciones sociales y económicas reclamadas, el reintegro de sumas pagadas por concepto de aportes a la seguridad social y caja de compensación familiar, caso en el cual es menester verificar si la misma se produjo, sin solución de continuidad o por el contrario, se produjeron interrupciones que hacen aplicable el medio extintivo de la prescripción.

Surge un problema jurídico asociado que concierne a establecer si la demandante tiene derecho al pago de sanción moratoria derivado del no pago del auxilio de cesantías, así como el reembolso de los valores pagados por el demandante por concepto de impuestos de IVA, ICA y retención en la fuente.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Naturalización de la Relación Laboral

En sentencia de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado⁴ se pronunció sobre la naturaleza de una relación laboral con el Estado, en los siguientes términos:

(...)

⁴ Consejo de Estado, CP William Hernández Gómez el 4 de octubre de 2018, en el proceso radicado bajo el número 23001-23-33-000-2013-00247-01(3753-15)

“El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.⁵

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.”

Formas de vinculación con el estado

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 125 constitucional - se puede inferir que se prevén tres formas de vinculación con el Estado, a saber:

- .- Por medio de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos.*
- .- Mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales.*
- .- A través de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios*

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (art. 122 CP).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal que se ha denominado “*funcionario de hecho*”, que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero su investidura es irregular.

Principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad

El artículo 53 de la Constitución Política establece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional⁶ ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral.

⁵ Consejo de Estado Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP.Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, el Alto Tribunal señaló⁸ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

La jurisprudencia de la Alta Corporación ha decantado que constituye en requisito para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la *subordinación y dependencia*, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función a desempeñar.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al estudio del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

Al respecto, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá⁹ en 2017, señaló:

Cuando se discute una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, la ventaja probatoria que subyace a la presunción, la estableció el legislador a favor del contratante, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia.

Además de lo expuesto, el artículo 88 del CPACA también consagró la presunción de legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.

No sobra precisar que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para

⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP Luis Rafael Vergara Quintero.

⁸ *Ibidem*

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de octubre de 2017 MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente 15239 3333752201500258 01

desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

De las órdenes de prestación de servicios

Conforme a reciente sentencia del Tribunal Administrativo en sentencia del 28 de Octubre de 2019¹⁰ se recordó la postura jurisprudencial para desatar este tipo de controversias, en los siguientes términos:

“El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el numeral 30 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un acuerdo de voluntades cuyo objeto es el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad contratante, que sólo puede celebrarse con personas naturales bajo la condición de que las actividades a contratar no puedan ser realizadas con personal de planta o cuando se exijan conocimientos especializados. En consecuencia, este tipo de contratos no genera ningún vínculo laboral, ni derecho al pago de prestaciones sociales, y su duración se da por el término estrictamente necesario para cumplir con el objeto contratado.

Con el fin de evitar que este tipo de vinculación sea utilizado por las autoridades administrativas para ocultar verdaderas relaciones laborales, su ejercicio se encuentra limitado para funciones que no sean de carácter permanente, esto es, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que se requieran habilidades específicas. De ahí que, constituye una modalidad excepcional de trabajo con el Estado, pues lo contrario desnaturalizaría su objeto e iría en detrimento de los derechos constitucionales que amparan al trabajador como la estabilidad laboral y el pago de sus prestaciones sociales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, son elementos esenciales del contrato de trabajo: 1) que se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Significa que, cuando se alega que el vínculo entre el particular y el Estado, para el caso de los asuntos debatidos en la jurisdicción administrativa, constituye una relación laboral, es indispensable que se demuestre dentro del proceso, la existencia de cada uno de ellos.

Ahora bien, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

*Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (1) al **criterio funcional**, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"; (ii) al **criterio de igualdad**, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al **criterio temporal** o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al **criterio de excepcionalidad**, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al **criterio de continuidad**,*

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 28 de octubre de 2019, MP Félix Alberto Rodríguez Riveros, Rad. 1575933300220170003201

si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral¹¹.

(...)

Ahora bien, es importante recalcar que la existencia de una relación laboral no significa per se, la calidad de empleado público, como lo ha señalado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, pues para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público-relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo-y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesaria la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) la determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc., a que están sometidos los servidores públicos¹²

10. PRESUNCIÓN DE SUBORDINACIÓN EN LA LABOR DOCENTE

La función legal y misional prestada por el SENA, misma definida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 16 de septiembre de 2010¹³ y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016¹⁴, prevé que la labor de instructor SENA equivale a la labor docente para desarrollar programas de formación de educación no formal, por lo mismo se entiende que ésta no es independiente, sino que conlleva la prestación personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios del servicio público de la educación, esto es a las directrices impartidas, no sólo por el SENA, sino por las autoridades educativas.

En cuanto a la existencia de relación de trabajo con el Estado en la labor docente, la postura había sido pacífica, consolidada en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹⁵, en la cual el H. Consejo de Estado precisó:

"(...)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes - empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones. (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre los formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado... "

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 171 de 2012

¹² Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de fecha 06 de marzo de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

¹³ Consejo de Estado, Radicación No. 110010306000-2010-00089-00, CP Enrique José Arboleda.

¹⁴ Consejo de Estado, Radicación No. 200012331000-2011-00312-01, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹⁵ Consejo de Estado, Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP Carmelo Perdomo Cuéter.

11. PRUEBAS RECAUDADAS

Establecidas las premisas legales y jurisprudenciales anteriores, propician el escenario adecuado para razonar el presente caso conforme a la siguiente:

Evidencia documental:

Está documentada la vinculación del señor MIGUEL ANGEL GOMEZ MORALES con el SENA- Regional Boyacá durante los años 2013 a 2016, a través de contratos de prestación de servicios profesionales, cuya copia fue fueron aportada con la demanda en medio magnético (CD fl.35). Con la contestación de la demanda, se allega también copia en medio magnético de la relación contractual (CD fl.73).

En esos documentos se precisan aspectos relevantes relativos a los contratos de prestación de servicio, celebradas entre las partes, dando cuenta de su clausulado y que son objeto del presente asunto, los que se relacionan en la tabla que elabora el Despacho, la cual servirá a lo largo de esta providencia como referente para analizar el aspecto objetivo de los mismos, en cuanto al consecutivo del contrato, fechas de suscripción, plazo, valor pactado y objeto contratado, los cuales se ejecutaron durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016 en el Centro Minero del SENA de la Regional Boyacá. Veamos:

Tabla 1

CONTRATO	PLAZO DE EJECUCIÓN	VALOR / OBJETO
No. 0602 del 06 de febrero de 2013 (CD fl.35)	10 meses y 05 días sin exceder el 13 de diciembre de 2013 18-02-13 a 13-12-13	Valor: \$31.331.226; Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende en Centro Minero en el área de Minas (Supervisión de labores mineras, Técnicos en Minería Técnicos Laborales y Auxiliares de Minería) así como actividades de capacitación y/o auditorías para el sistema integrado de gestión de calidad del SENA que acuerden las partes.
Interrupción: 27 días contados desde el 13/12/2013 hasta el 27/01/2014.		
No. 0826 del 23 de enero de 2014 (CD fl. 35)	07 meses y 10 días sin exceder el 31 de agosto de 2014 27-01-14 a 31-08-14	Valor: \$22.172.810; Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende en Centro Minero en el área de Minas.
Interrupción: 98 días contados desde el 31/08/2014 hasta el 27/01/2015.		
No. 0183 del 24 de enero de 2015 (CD fl. 35)	10 meses y 22 días sin exceder el 18 de diciembre de 2015 27-01-15 a 18-12-15	Valor: \$33.273.333; Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende en Centro Minero en el área de Minas.
Interrupción: 27 días contados desde el 18/12/2015 hasta el 01/02/2016.		
No. 0145 del 01 de febrero de 2016 (CD fl. 35)	10 meses y 14 días sin exceder el 14 de diciembre de 2016 01-02-16 a 11-12-16	Valor: \$33.598.000; Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende en Centro Minero en el área de Minas.

Se encuentra demostrado que el demandante percibió contraprestación económica por la labor personal ejecutada en virtud de los contratos que suscribió con la entidad demandada SENA, como se observa en las minutas de los contratos (CDS fls.35-y fl.73) documentos que además dan cuenta del valor y la forma de pago según el clausulado, pagos que estaban sujetos a la apropiación presupuestal del caso.

Obra certificación (fl.28-30) expedidas por el Subdirector (E) del Centro Minero del SENA, que detallan los pagos efectuados por los contratos de prestación de servicios ejecutados por el demandante desde el 2013 y hasta el 2016.

Como parte del expediente administrativo en la etapa precontractual, se encuentran las actas del Comité de Contratación de Instructores del Centro Minero SENA Regional Boyacá, de las cuales hace parte el señor Gómez Morales.

Medios de prueba de fuente oral:

En audiencia de pruebas realizada el 23 de septiembre de 2019 (fl.100), se recibió el testimonio de la señora LUZ MARINA RAMIREZ RINCON, quien manifestó conocer al señor MIGUEL ANGEL GOMEZ MORALES, indicando que ella trabajó en el SENA Minero desde el 2012 y hasta el 2018. Agrega que allá se cumplía el horario de 7 am a 4 pm, el mismo de los estudiantes, desarrollando las actividades programadas por el coordinador académico. Señala además que cuando el impartía formación virtual, era por casos de fuerza mayor como lluvia, cierre de vía o en el caso de los permisos, en donde la formación se debía hacer, dejando trabajos en la plataforma. Igualmente refirió que el demandante prestó sus servicios en otros municipios como Socha y Marmato Caldas y los gastos de desplazamiento eran asumidos en parte por la entidad, pero los EPP (elementos de protección personal) eran asumidos por el demandante.

Respecto a la discrecionalidad de la formación por parte del señor Gómez Morales, la testigo manifestó que frente al contenido de los currículos estos se descargaban y se desarrollaban de manera estricta, excepcionalmente cuando conformaban el comité curricular lo podían hacer, pues era el encargado de hacer las modificaciones, y señaló que el demandante ejecutó las mismas labores que los instructores de planta ciñéndose a los diseños curriculares fijados por la entidad demandada. Indicó que para conformar el comité curricular lo desprogramaban de su horario de instrucción, igual que se hacía con los cronogramas para rendir estadística que era un requisito para la firma del Coordinador Académico Sr. Gustavo Gil, para poder acceder al pago cada mes, por lo que toda actividad debía ser previamente programada y autorizada. Finalmente indicó que el demandante no desarrollo otra actividad laboral de manera alterna con la desarrollada en SENA, como quiera que su horario se lo impedía

12. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si se encuentran demostrados los elementos que configuran una relación laboral que hubiere desnaturalizado los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con la entidad contratante demandada en este proceso, tal como sostiene el Consejo de Estado en varias decisiones¹⁶ en las que ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación.

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 26 de julio de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2011-00243-01(0130-14), CP Rafael Francisco Suarez Vargas.

La prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desarrollo de todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad encomendada.

Al aterrizar este concepto al caso *sub examine*, tenemos que de la copia de los contratos de prestación de servicios, así como lo manifestado por el SENA en la contestación de la demanda, es dable colegir que el demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en favor de la entidad, a través de los contratos de prestación de servicios relacionados en la tabla 1, con interrupciones superior a 15 días entre ellos.

La remuneración

La remuneración constituye la retribución justa en dinero o en especies de la labor ejecutada, si bien es cierto para el caso concreto y según la forma de vinculación por la modalidad de prestación de servicios se le ha denominado honorarios, se infiere que las actividades desarrolladas por el demandante en favor de la entidad demandada fueron debidamente remuneradas, situación que es probada por las propias minutas de los contratos de prestación de servicios (*fls.35 y 72*), al igual que con la certificación (*fl.28-30*) expedidas por el Subdirector (E) del Centro Minero del SENA, documentos que señalan concretamente el valor y la forma de pago cancelado al contratista por la ejecución del objeto contratado.

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por el demandante y en favor de la entidad demandada contó con una remuneración, aspecto que estructura uno de los elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

La subordinación

Es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias en donde se busca demostrar la existencia de un contrato realidad y hace referencia a la sujeción del trabajador a órdenes, horarios, instrucciones, modo, tiempo o cantidad de trabajo, imposición de reglamentos y demás aspectos que limiten su autonomía e independencia.

En el caso concreto, el demandante fue contratado con el objeto que prestara sus servicios personales temporales para orientación y desarrollo de los programas de formación, que atiende el Centro Minero del SENA, como señalan los contratos de prestación de servicios No. 0602 de 2013, 0826 de 2014, 0183 de 2015 y 0145 de 2016.

De conformidad con la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el H. consejo de Estado, se encuentra amparado por la presunción de **subordinación**, puesto que se asimila a la labor docente ya que se entiende que ésta no se desarrolla de forma independiente, sino que por el contrario conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de educación y, en consecuencia, debe ser protegida en el reconocimiento de una relación laboral.

La anterior presunción en este caso no es huérfana, si se tiene en cuenta las manifestaciones de la testigo LUZ ADRIANA RAMIREZ RINCÓN, quien señaló que el señor MIGUEL ANGEL GÓMEZ MORALES ejecutaba su contrato de lunes a viernes, cumpliendo el horario de 07:00 a.m a 04:00 p.m, además indicó que el aquí demandante, cuando impartía formación virtual, se debía a casos de fuerza mayor

como lluvia, cierre de vía o permisos y para compensar la formación, dejando trabajos en la plataforma. Además la deponente refirió que cuando impartía formación en una sede distinta (otros municipios como Socha y Marmato Caldas), también debía cumplir un horario, justificando sus actividades cada mes a través del informe mensual de estadística, que debía ser rendido ante el Coordinador Académico, para lo pertinente al pago, de donde se concluye la prestación del servicio sometida a un horario, cumplido en las instalaciones de la entidad demandada y en los municipios que le eran designados por la entidad, para impartir formación.

Igualmente indicó la testigo, respecto de la discrecionalidad de la formación, por parte del señor Gómez Morales, que frente al contenido de los currículos estos se descargaban de la plataforma de la Entidad, y se desarrollaban de manera estricta, excepcionalmente cuando conformaban el comité curricular lo podían hacer, pues era el encargado de hacer las modificaciones, por lo que él no contaba con autonomía para el desarrollo del mismo y debía ceñirse a las directrices de la entidad.

Así las cosas, el actor cumplió materialmente la función establecida en el artículo 2° del Decreto 1426 de 1998, que señala que cargo de **Instructor**, a saber:

“Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.”

Valga explicar que si bien el objeto de los contratos suscritos por el demandante, señalan que la prestación de servicios profesionales tiene como finalidad la orientación y desarrollo de los programas, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos, no significa que las actividades que debe desarrollar el contratista, sean de carácter temporal, pese a que el mismo contrato se estipule de manera expresa, sino que correspondan a la metodología que implementa la entidad para el cumplimiento de su área misional señalada en la ley, es decir que la formación es temporal respecto del grupo destinatario de aprendizaje y que debe arrojar un producto, pero las tareas del formador, son de carácter permanente puesto que cumple las tareas permanentes de formación de la entidad y que le son propias.

En suma, se establece que en los contratos relacionados en la tabla 1, ejecutados entre los años 2013, 2014, 2015 y 2016, el demandante desarrolló actividades propias del cargo de **instructor** del SENA, puesto que los objetos contractuales así lo dispusieron, pese a que cada contrato indique que son actividades de orientación, entonces, se considera que el demandante se desempeñó en similares circunstancias y condiciones a la labor del docente de la planta de personal de la entidad, llevando a concluir que el elemento de subordinación se encuentra acreditado y por lo mismo ha de ser cobijado con el reconocimiento de una relación laboral.

En conclusión, se acogerán parcialmente las pretensiones de la demanda encaminadas al **reconocimiento de una relación laboral** durante los periodos de tiempo en los que el demandante suscribió y ejecutó contratos con la entidad demandada, para desarrollar actividades en calidad de **instructor**, como señalan los testimonios practicados y cuyas actividades realizadas por el contratista se asimilan con la función docente, sobre las cuales la jurisprudencia especializada de esta jurisdicción admite presunción de dependencia o sujeción. En este orden, prima el criterio funcional y de igualdad, puesto que el SENA tiene como misión la formación de los trabajadores colombianos, entonces es el instructor quien cumple o realiza dicha tarea misional, por lo que en este caso no hay distingo entre el contratista y el instructor de planta, por lo menos ninguna diferenciación señalan los testimonios practicados.

No ocurre lo mismo en relación con la reclamación para que se reconozca que durante los periodos en que no medio contrato, haya lugar a reconocimiento de la relación laboral, puesto que no se allega ninguna prueba en ese sentido y por ende se queda en la mera afirmación en la demanda.

Sobre la carga de la prueba, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016 al estudiar esa figura procesal indicó que este deber pretende que:

“(...) quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”¹⁷.

Al no demostrarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le den sustento a las afirmaciones realizadas en la demanda respecto los periodos en que no hubo relación contractual, de conformidad con la regla *“onnus probandi incumbit actori”*, le incumbe a quien afirma, probar los hechos de los cuales alega las consecuencias que pretende a su favor, carga probatoria que no se cumplió y por ello no se accede a esta pretensión

13. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

El Despacho analizara la excepción de *“prescripción”* propuesta por la parte demandada, advirtiendo que tratándose de derechos laborales derivados de la existencia de una relación laboral oculta dentro de un contrato de prestación de servicios, su interpretación no ha sido pacífica.

El Consejo de Estado a partir de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, radicada con número interno 2152-06, siendo ponente el Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indicó que no hay lugar a la prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, como quiera que la exigibilidad de los derechos prestacionales que emergen de la relación laboral develada, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

En sentencia de unificación el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁸ reiteró que aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la *prescripción* de los derechos que pretende, lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años, contados desde la terminación del vínculo, y para aquellos contratos sucesivos se habrá de analizar este término desde la fecha de terminación de uno y el inicio del siguiente; al respecto la providencia de unificación señaló:

(...) En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 CP Carmelo Perdomo Cuéter

de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

(....) Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

Todo lo anterior, en razón a que el Juez no puede obviar o premiar el hecho de que las personas con posibles derechos surgidos como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, esperen un desmesurado paso del tiempo, para acudir a la administración de justicia a fin de que se acceda al reconocimiento deprecado con fundamento en la línea jurisprudencial sostenida en el asunto.

El término prescriptivo relacionado con derechos prestacionales que no gozan del carácter irrenunciable e imprescriptible derivados del contrato realidad, que en principio es de tres (03) años contados desde finalizada la relación laboral y para el caso de contratos sucesivos cuya continuidad se interrumpe por un término superior a 15 días hábiles, se genera solución de continuidad entre uno y otro contrato, por lo que el análisis del término prescriptivo debe hacerse de manera individual o separada por cada contrato.

Valga precisar que el tiempo de los días de interrupción, se contabilizan en días hábiles desde el día siguiente de la fecha de finalización de cada contrato, hasta el día anterior hábil a la fecha de iniciación del siguiente contrato y no desde la fecha de suscripción del mismo, caso en el cual para que no configure solución de continuidad en la prestación del servicio, no debieron transcurrir más de quince días hábiles como señala el Art. 10 del Decreto Ley 1045 de 1978, norma que aunque es aplicable exclusivamente a los empleados públicos o trabajadores oficiales de nivel nacional, se cita para efecto de una mejor comprensión de la *litis* planteada, bajo el entendido que se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral en el sector público.

En el presente caso está acreditado que el demandante suscribió contratos de prestación de servicio desde el 18 de febrero de 2013, fecha de inicio del contrato 602 (fl.35 y 73 CD), hasta 14 de diciembre de 2016, fecha de liquidación del contrato 00146 del 28 de enero de 2016 (fl.35 y 73 CD) respecto de los cuales se presentan periodos en los que no hubo vinculación, es decir que se advierten interrupciones temporales entre la finalización de un contrato y la suscripción del siguiente, por lo que la prescripción debe analizarse conforme al pronunciamiento del Tribunal Administrativo

de Boyacá¹⁹ que en casos similares al que nos ocupa, fijó un criterio consonante con la sentencia de unificación en cita.

Conforme a la Tabla No.1 elaborada en esta providencia, se reflejan los días de interrupción que trascurrieron entre la finalización de un contrato y la iniciación del siguiente, razón por la cual se colige que los contratos suscritos desde el año **2013** y hasta la finalización del contrato No. **00826 de 2014 el 31 de agosto de 2014**, operó el fenómeno de la **prescripción** respecto de los derechos económicos y prestacionales causados con anterioridad al **23 de enero de 2015**.

Lo anterior por cuanto a la fecha presentación de la reclamación administrativa el **23 de enero de 2018** (fl.15-20), transcurrió un lapso superior a tres (3) años desde la finalización de ese contrato 826 de 2014, obvio también respecto de los que le anteceden y además porque se presenta solución de continuidad con el siguiente contrato ejecutado No. 0183 suscrito el 27 de enero de 2015, puesto que en ese interregno transcurrieron **98 días** hábiles, como refleja el aparte copiado de la Tabla No. 1 en cita.

(...)

No. 0826 del 23 de enero de 2014	27-01-14 a 31-08-14	Valor \$22.172.810
Interrupción: 98 días contados desde el 31/08/2014 hasta el 27/01/2015.		
No. 0183 del 24 de enero de 2015	27-01-15 a 18-12-15	Valor \$33.273.333

La regla de prescripción extintiva aquí analizada, no recae frente a los derechos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en pensión y por ende se deben reconocer durante los periodos en que se reconoce la relación laboral encubierta

(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época (...)

14.RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Reconocimiento de relación laboral

Conforme a la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰ se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 0080 del 12 de febrero de 2018, proferida por el Subdirector del Centro Minero del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA– Regional Boyacá, que negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes de la *litis*, así como las prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos derivados de ella.

La nulidad del acto que se decretara es parcial en razón a que si bien existen periodos en los que efectivamente existió relación laboral algunos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción como se señaló anteriormente, así, en consecuencia, se ordena el restablecimiento del derecho, en primer lugar mediante la declaratoria de existencia de una relación laboral entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, durante el periodo de ejecución de los contratos relacionados en la Tabla 1 elaborada en esta providencia, comprendido entre el **18 de febrero de 2013** y el **14 de diciembre de 2016**, periodo durante el cual el demandante prestó su servicios profesionales como orientador, asimilable a instructor en procesos de formación.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 20 de marzo de 2018, Rad.2015-00141 MP José Ascensión Fernández, cuyo antecedente es la Sentencia de 26 de octubre de 2016, Rad. 15239-3333-752-2015-5-258-01 MP Clara Elisa Cifuentes.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 29 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Aportes a seguridad social

Teniendo en cuenta que los aportes al sistema de seguridad social en pensión son imprescriptibles y además se trata de una prestación periódica, lo que permite su reclamación en cualquier tiempo²¹, en consecuencia se advierte que al demandante le asiste el derecho, para efectos pensionales, al cómputo de la totalidad del tiempo que estuvo vinculado a la entidad demandada mediante una relación laboral enmascarada, lo cual conlleva al reconocimiento del pago de las cotizaciones patronales destinados al fondo pensional.

Al efecto resulta aplicable el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias en pensión, por eso nuestro ordenamiento jurídico señala que dicha prestación social es cubierta por las partes que integran la relación laboral, así que en materia pensional durante la ejecución de un contrato laboral la tasa de cotización que corresponde al empleador es del 75% y al trabajador el 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003), mientras que la cotización al sistema de salud corresponde al trabajador una tercera parte y la dos restantes al empleador.

Partiendo que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, complementado por las Leyes 797 de 2003, por regla general, los contratistas deben estar afiliados al sistema de seguridad social y por lo mismo en el deber cotizar al sistema, de suerte que en caso que la cotización sea mayor a la que le correspondía, deberá solicitar su devolución ante la entidad que recibió tales excesos y no ante quien señala ser su empleador a quien el orden jurídico le impone otros deberes, es así que en la sentencia de unificación del Consejo de Estado²² señala la siguiente regla:

(...) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existen diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efecto de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Siguiendo los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá²³ en casos similares, se tiene que al liquidar el valor de la condena en este aspecto, el SENA deberá pagar la totalidad de los aportes patronales que no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, aplicando las siguientes reglas:

- a) El periodo a reconocer aportes pensionales corresponde al tiempo durante el cual se estableció la existencia de una relación laboral entre las partes, esto es durante los interregnos de tiempo señalados en la Tabla No. 1, por el desarrollo de actividades de instrucción.
- b) El ingreso base de cotización (IBC), corresponde al valor mensual pactado en cada uno de los contratos por concepto de honorarios
- c) La entidad demandada deberá realizar los aportes mensuales indexados al sistema de seguridad social en pensión durante los periodos referidos en el literal a) de este acápite, con el IBC señalado en el literal b) *ídem*, hasta completar el 100% del aporte patronal, con destino al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el demandante.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 23001233300020130026001 (00882015).

²² Consejo de Estado, Sentencia del 4 de Febrero de 2016 Exp. (1149-2015) MP Sandra Lisset Ibarra Velez

²³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 23 de Febrero de 2018, Proceso 2015-00257

Liquidación de prestaciones sociales

En las pretensiones de la demanda (fl. 1) se pide el reconocimiento de las prestaciones convencionales y las siguientes de carácter legal: *auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones y prima de servicios, al igual que el aumento salarial*, sin embargo la prosperidad de las mismas, se limita a aquellas prestaciones de carácter legal y comunes aplicables a los funcionarios de la planta de personal que desempeñen actividades como instructor.

Comoquiera que la labor desempeñada por el demandante al servicio del SENA, se ejecutó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en los que percibió como retribución, el pago de honorarios, en consecuencia la carga prestacional deberá liquidarse con base en el precio pactado en los referidos contratos de forma mensual, como fija la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁴.

Para liquidar la carga prestacional solicitada a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada aplicará los siguientes parámetros:

- a) El ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante, corresponde al valor mensual pactado por honorarios en los contratos de prestación de servicios No. 0183 de 24 de enero de 2015 y 0146 de 28 de enero de 2016.
- b) Los extremos temporales para liquidar las prestaciones sociales corresponde al plazo de ejecución de los contratos de prestación de servicios.
- c) El demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales que devengaba un empleado de planta de la entidad demandada, para los años 2015 y 2016 en el cargo de Instructor.
- d) En los periodos que se reconoce la existencia de la relación laboral, pero afectados por el fenómeno de la prescripción respecto de los contratos No. 0602 de 06 de febrero desde 2013 y 0826 de 23 de enero 2014, en consecuencia no se reconoce el pago de prestaciones sociales

Prestaciones económicas que no se reconocen

Las sumas reclamados en la demanda por concepto de *retención de fuente, IVA e ICA* efectuadas a los pagos realizados al demandante, no podrá ordenarse en esta providencia, no solo porque no cumple con su deber de acreditarlas, sino porque en materia tributaria no pueden desconocerse una realidad que tuvo ocurrencia con la firma y ejecución de contratos estatales, de la cual a su vez surge la relación tributaria entre el contratista como sujeto pasivo y el estado como sujeto activo de la misma, cuyo un hecho generador e imponible para la causación del tributo está determinado por la ley.

Se itera que en esta sentencia la carga prestacional reconocida al demandante se realiza a título de restablecimiento del derecho derivado de una enmascarada relación laboral y no a título reparatorio, por lo tanto el reconocimiento se limita a aspectos propios de la relación laboral, abandonando los rezagos de la relación contractual.

Tampoco se reconoce suma alguna por concepto de *sanción moratoria* derivado de consignar el auxilio de cesantías al respectivo fondo, puesto que ésta sentencia es constitutiva del derecho reclamado, por la cual antes de su expedición y ejecutoria, no se genera obligación de pago de prestaciones, menos de la accesoria sanción.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 CP. Carmelo Perdomo Cuéter "

15. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que la parte demandante logró demostrar la existencia de una relación laboral durante la ejecución de los contratos No. 0183 de 2015 y 0146 de 2016, se colige que se encuentran infundadas de las excepciones denominadas *inexistencia del derecho*, *Buena fe e inexistencia de los elementos de una relación laboral* y *“ausencia de subordinación”*

En efecto, de acuerdo con los presupuestos aludidos en el marco jurisprudencial fijado para reconocer la existencia de una verdadera relación laboral subyacente, en este caso se demostró la existencia del elemento de dependencia o subordinación del demandante respecto de la entidad demandada y por lo tanto no prosperan las excepciones propuestas por pasiva.

De contera, en lo que respecta a la excepción de *prescripción* la misma ha de declararse probada parcialmente de acuerdo a las razones expuestas en capítulo separado.

16. INDEXACION

Los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de pagos periódicos aplicables a los plazos contractuales en que el demandante prestó sus servicios al SENA, la fórmula se aplicará separadamente por cada periodo en que efectivamente se prestó el servicio.

17. CONDENAS EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, toda vez que si bien es cierto se accede a las pretensiones de nulidad del acto enjuiciado, también lo es que no se ordena el restablecimiento del derecho con el alcance y contenido solicitado en la demanda, de una parte porque no se accede a los reintegros pretendidos y de otra se aplica prescripción trienal.

18. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar no fundadas las excepciones denominadas: *inexistencia del derecho*, *Buena fe*, *ausencia de subordinación e inexistencia de los elementos de una relación laboral*, y *ausencia de subordinación*, propuestas por el SENA.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00080 de 12 de febrero de 2018 proferida por el Subdirector Centro Minero SENA - Regional Boyacá.

Tercero.- Declarar la existencia de relación laboral entre el señor Miguel Ángel Gómez Morales y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, durante los periodos de ejecución de los contratos suscritos entre las partes, a saber: contrato No. 602 de 2013, 826 de 2014, 183 de 2015 y 145 de 2016

Cuarto.- Declarar parcialmente probada la excepción de *prescripción* extintiva de las prestaciones sociales y económicas causadas con anterioridad al 23 de enero de 2015.

Quinto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a liquidar y pagar en favor del señor MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ MORALES, identificado con C.C.No.74.381.730, las siguientes sumas de dinero:

- a) El equivalente a las prestaciones sociales comunes y de carácter legal que devengan los empleados de planta de la entidad en el cargo de Instructor, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado como precio de los contratos de prestación de servicios No. 00183 de 2015 y 00146 de 2016, de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.
- b) Pagar el aporte el patronal al sistema de seguridad social en pensiones con destino al Fondo Pensional al que se encuentre afiliado el demandante, aplicable a los periodos de ejecución de los contratos relacionados en la Tabla 1 elaborada en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- No condenar en costas en esta instancia.

Octavo.- Esta sentencia debe ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y su cumplimiento se dará conforme a los artículos 187 inciso final, 194 y 195 *Ibídem*.

Noveno.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de costas y devolución de excedentes si a ello hubiere lugar; expídanse copias con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ